

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

AGGIORNATO AL 31 OTTOBRE 2010

MARIANNA CAPIZZI

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 ottobre 2010, n. 7521.

Sull'efficacia meramente interna delle circolari amministrative.

Le circolari amministrative appartengono al novero delle cosiddette “norme amministrative interne”, atti adottati dalle Amministrazioni al fine di autorganizzare la propria attività e darsi la struttura più adeguata per la realizzazione e la cura degli interessi di propria pertinenza.

La caratteristica essenziale di detti atti è da rinvenirsi nella loro efficacia limitata. Il fondamento del potere di emanarle va, infatti, rinvenuto non nella legge, ma nel generale principio di autorganizzazione degli ordinamenti giuridici autonomi e nel potere di supremazia degli organi sovraordinati su quelli sott'ordinati. L'efficacia esterna, cioè verso i non appartenenti all'organizzazione, è solo indiretta e mediata, nella misura in cui gli organi amministrativi destinatari di tali atti li applichino nell'emanazione di atti incidenti nella sfera giuridica di terzi.

Ed è proprio l'efficacia meramente interna, l'incapacità di innovare stabilmente l'ordinamento giuridico e la non autonoma impugnabilità che distingue gli atti in questione dalle fonti regolamentari. Come ha efficacemente rilevato la giurisprudenza, infatti: *“I regolamenti sono...atti formalmente (o soggettivamente) amministrativi, in quanto emanati da organi del potere esecutivo, ma sostanzialmente normativi, perché destinati ad innovare l'ordinamento giuridico nei limiti previsti dalle legge. A differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali – che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili – i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza (Cass.civ., SS.UU., 28 novembre 1994 n.10124). Cosa ben diversa sono invece le circolari, che non costituiscono atti con valore provvedimentoale ma mere direttive di carattere*

interno alle strutture destinatarie delle singole Amministrazioni (T.A.R. Milano 20 settembre 1996 n.1383). Non hanno quindi carattere normativo, ma rappresentano lo strumento mediante il quale l'Amministrazione fornisce indicazioni in via generale ed astratta in ordine alle modalità con cui dovranno comportarsi in futuro i propri dipendenti ed i propri uffici. Rientrano dunque, a differenza dei regolamenti, nel genus degli atti interni dell'Amministrazione e possono avere diverso contenuto, potendo dettare disposizioni sull'organizzazione degli uffici, dare semplice notizia di determinazioni adottate da organi superiori, notificare ordini interni o partecipazioni, diffide, ecc.” (T.a.r. Basilicata – Potenza, sentenza 28 marzo 2000, n. 197).

Nella sentenza indicata in epigrafe, il Consiglio di Stato, nel ribadire l'impossibilità di riconoscere alle circolari amministrative un ambito di efficacia maggiore di quello ora descritto, si sofferma sulle conseguenze di tale assunto. Invero, gli atti meramente interni della P.A., contenendo istruzioni, ordini di servizio, direttive impartite dalle Autorità amministrative centrali o gerarchicamente superiori agli enti o organi periferici o subordinati, esauriscono la loro portata ed efficacia giuridica nei rapporti tra i suddetti organismi e i loro funzionari. Le circolari amministrative, dunque, non possono spiegare alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei all'Amministrazione, né acquistare efficacia vincolante per quest'ultima essendo destinate esclusivamente ad esercitare una funzione direttiva nei confronti degli uffici dipendenti. Ancor di più, la circolare non è pienamente vincolante nemmeno per gli uffici gerarchicamente sott'ordinati. Questi, invero, possono disattenderla qualora sia “*contra legem*” senza che per questo il provvedimento concreto adottato possa essere ritenuto illegittimo “*per violazione della circolare*”. Il parametro di riferimento rispetto al quale valutare la legittimità di ogni provvedimento amministrativo è, infatti, sempre la legge, sicché, se la disposizione contenuta nella circolare è contraria alla legge, l'atto difforme da essa, ma conforme alla legge, sarà comunque legittimo. La circolare non vincola nemmeno la stessa Autorità che l'ha emanata, la quale resta libera di modificare, correggere e anche completamente disattendere l'interpretazione adottata o l'ordine impartito con un precedente atto interno difforme: invero, come è stato autorevolmente affermato da dottrina e giurisprudenza, ammettere che l'Amministrazione, quando esprime opinioni interpretative o impartisce ordini perentori, crea vincoli per sé e per i giudici, equivale a riconoscere all'Amministrazione stessa un potere normativo che la stessa non ha e che sarebbe in contrasto con il principio costituzionale della riserva relativa di legge di cui all'articolo 23 della Costituzione. La circolare, infine, non vincola nemmeno l'autorità giurisdizionale chiamata a valutare la legittimità dell'atto emanato in sua conseguenza: l'illegittimità per violazione di legge va rinvenuta, per giurisprudenza costante, tutte le

volte in cui il provvedimento impugnato sia in contrasto con disposizioni normative comunitarie ed interne, di rango superprimario, primario o secondario, circostanza, quest'ultima, che non si configura nell'ipotesi di violazione di una circolare amministrativa.

Le superiori considerazioni sono espresse nella sentenza in commento attraverso la seguente statuizione: “...le circolari amministrative sono atti diretti agli organi e uffici periferici ovvero subordinati, che non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale. “Ne consegue che tali atti non rivestono una rilevanza determinante nella genesi dei provvedimenti che ne fanno applicazione”. Inoltre, è evidente che tali atti di indirizzo interpretativo non sono vincolanti per i soggetti estranei all'amministrazione, mentre, per gli organi destinatari esse sono vincolanti solo se legittime, potendo essere disapplicate qualora siano *contra legem*. (C. Stato, sez. IV, 27-11-2000, n. 6299)”.

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 ottobre 2010, n. 7593.

Sui presupposti per la risarcibilità del danno da perdita di *chance* nell'ipotesi di illegittima aggiudicazione di una gara d'appalto.

Come noto, la risarcibilità degli interessi legittimi pretesivi presuppone l'accertamento da parte del giudice amministrativo della spettanza del bene della vita. A carico del privato sussiste, dunque, l'onere di dimostrare che, ove l'amministrazione si fosse comportata legittimamente, avrebbe dovuto riconoscergli il bene cui aspirava.

Con particolare riferimento ai casi in cui il conseguimento del bene della vita deriva da un procedimento caratterizzato dalla partecipazione di più soggetti interessati ad ottenere il medesimo risultato, come nei pubblici concorsi o nelle gare d'appalto, può assumere rilievo la figura della *chance* che svolge, in tali casi, la funzione di evitare al ricorrente oneri probatori quanto mai onerosi, visto che altrimenti il privato si troverebbe nella condizione di dover dimostrare che se non fosse stato escluso, al legittimo svolgimento del concorso o della gara sarebbe con certezza derivata la sua vittoria. Secondo la teoria in esame, il giudizio prognostico andrebbe effettuato tenendo conto delle *chance* di realizzazione dell'interesse materiale del cittadino, riconoscendosi il risarcimento allorché si dimostri che il ricorrente avrebbe avuto serie possibilità di conseguire il bene sperato. Ciò evidentemente sull'assunto secondo cui il connotato intrinseco della *chance*, intesa come concreta possibilità di conseguire un risultato utile, è l'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima. Secondo tale impostazione, dunque, la *chance* deve essere intesa come “consistente possibilità di successo”.

La figura della *chance* assume particolare rilievo nell'ipotesi di illegittima esclusione da una gara d'appalto o di illegittima aggiudicazione dell'appalto medesimo, nel qual caso il soggetto illegittimamente escluso o al quale non è stata aggiudicata la gara a causa del comportamento illegittimo della stazione appaltante, può chiedere in sede giurisdizionale il risarcimento del danno consistente nella perdita della possibilità di eseguire l'appalto medesimo.

In queste due ipotesi, l'an del risarcimento richiede la prova da parte del ricorrente che il medesimo avrebbe sicuramente vinto la gara o avrebbe avuto alte probabilità di successo qualora la P.A. si fosse comportata in modo legittimo. Per quanto riguarda il quantum del risarcimento, bisogna distinguere il caso dell'illegittima esclusione da quello dell'illegittima aggiudicazione perché per ognuna di queste ipotesi valgono criteri di quantificazione del danno differenti. In particolare, nel caso in cui venga accertata l'illegittima esclusione dalla gara, si dovrà risarcire il danno emergente (ossia le spese sostenute) in forma specifica (tramite la ripetizione della gara) o per equivalente. Al contrario, se richiede il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione della gara, i costi di partecipazione non potranno essere risarciti perché si darebbe al ricorrente più di quanto egli avrebbe ottenuto con l'aggiudicazione (perché se si fosse aggiudicato la gara non gli sarebbero di certo, state risarcite le spese di partecipazione). Per ciò che concerne, invece, il lucro cessante, a differenza delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, esso sarà costituito non dal mero interesse negativo, ma da quello positivo e, dunque, dall'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto. Il danno in questione viene quantificato da una parte della giurisprudenza, a causa delle difficoltà riscontrate nella sua quantificazione, come se fosse un danno presunto, nella percentuale del 5% del prezzo a base d'asta (maggiorabile al 10% se l'impresa riesce a dimostrare che la partecipazione alla gara le ha impedito l'impiego delle maestranze in altri cantieri). Altra parte della giurisprudenza richiede, invece, una prova certa e rigorosa del danno, ritenendo che il criterio del 5% conduca all'inaccettabile risultato che il risarcimento del danno è per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale (l'imprenditore, infatti, non avrebbe più interesse a provar in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante perché presumibilmente otterrebbe di meno).

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato, chiamato a decidere in ordine alla illegittima esclusione da una gara d'appalto di un RTI formato da tre imprese, quantifica il danno da perdita di chance nella misura forfetaria del 5% senza richiedere una prova rigorosa del danno, ribadisce la non spettanza del risarcimento delle spese di partecipazione alla gara e suggerisce che nell'ipotesi in cui il ricorso per l'annullamento

dell'aggiudicazione venga proposto da una RTI pretermessa, composta da tre imprese, e due soltanto di esse chiedono il risarcimento, l'importo del 5% a base d'asta va ulteriormente ridotto di un terzo. Statuisce, infatti, il Collegio: “*la giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14), non diversamente, del resto, dalla Cassazione civile (cfr. Cass. S.U. 27 marzo 2008, n. 7943), ammette ormai da tempo il risarcimento del danno rappresentato dalla c.d. perdita della chance (valida opportunità), da intendersi non come mera aspettativa di fatto, ma come entità patrimoniale a sé stante, che si risolve nella possibilità di conseguire un vantaggio futuro. L'impresa che viene pretermessa in una gara d'appalto illegittimamente aggiudicata, anche laddove non riesca a dimostrare che in assenza delle illegittimità riscontrate si sarebbe aggiudicata la gara, subisce comunque un danno, in quanto perde la possibilità, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, (la chance appunto) di aggiudicarsi la gara... La sentenza del T.a.r. risulta, infatti, corretta laddove ha proceduto alla decurtazione del 30% in considerazione del fatto che uno dei tre partecipanti del R.T.I. non ha proposto ricorso. La mancata proposizione del ricorso da parte di una delle tre imprese del raggruppamento temporaneo giustifica, infatti, la sottrazione dalla somma complessivamente riconosciuta della parte di risarcimento che sarebbe spettata all'impresa che, rimanendo inerte, ha fatto acquiescenza agli atti di gara. Va peraltro evidenziato che il T.a.r. ha riconosciuto, oltre al lucro cessante (pari al 5% dell'importo dell'appalto, decurtato, come si è visto del 30%), anche, a titolo di danno emergente, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, il che, come la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte chiarito (cfr. Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751), rischia di dare luogo al riconoscimento, a titolo di risarcimento, di una somma addirittura superiore a quella che l'impresa avrebbe tratto da una legittima aggiudicazione, dato che in questo caso non le vengono rimborsate le spese per partecipare alla procedura”.*

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 20 ottobre 2010, n. 7586.

Sugli aspetti processuali e procedurali della differenza tra aggiudicazione definitiva e aggiudicazione provvisoria.

L'aggiudicazione è l'atto conclusivo della procedura di gara, con cui la P.A. seleziona il contraente con cui stipulerà il contratto. Secondo l'orientamento oggi prevalente, l'aggiudicazione ha natura provvedimento, essendo l'atto conclusivo della procedura di gara con cui l'Amministrazione aggiudicatrice seleziona il contraente senza manifestare, ancora, nessuna volontà negoziale.

La differenza tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva ha contorni ben definiti: l'aggiudicazione provvisoria, secondo il prevalente orientamento

giurisprudenziale, è l'atto della Commissione di gara con cui essa individua l'offerta migliore secondo il criterio di selezione adottato e chiude la procedura di valutazione delle offerte; l'aggiudicazione definitiva, invece, è l'atto definitivo e conclusivo della procedura adottato dalla Stazione Appaltante previo controllo ed approvazione degli atti del seggio di gara ed è un atto che, benché conseguente, non è meramente confermativo o esecutivo dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto, anche qualora ne condivide e ne recepisce interamente i risultati, presuppone una nuova e autonoma valutazione da parte dell'organo competente alla sua adozione.

Da questa differenza di carattere strutturale derivano molteplici conseguenze sul piano sia procedimentale che processuale.

Sotto il primo profilo, si ritiene, per giurisprudenza costante, che diverse siano le regole che governano l'eventuale revoca o annullamento in autotutela di questi due atti: per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non si ravvisa la necessità della comunicazione di avvio del procedimento perché l'impresa provvisoriamente aggiudicataria non vanta una posizione giuridicamente qualificata ma solo una mera aspettativa alla conclusione del procedimento; al contrario, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento, come per qualunque altro provvedimento definitivo.

Sotto il profilo processuale, invece, l'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, non obbliga all'immediata impugnazione che può essere differita al momento in cui si ricorre contro l'aggiudicazione definitiva. Il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione di un pubblico contratto, in altri termini, decorre dalla piena conoscenza di quella definitiva, con la possibilità di far valere nel relativo giudizio anche i vizi propri di quella provvisoria. Inoltre, nell'ipotesi in cui venga impugnata l'aggiudicazione provvisoria deve essere successivamente impugnata anche quella definitiva, a pena di improcedibilità del primo ricorso. Infine, sempre sotto il profilo strettamente processuale, è pacifico in giurisprudenza che con riferimento al rapporto tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva non opera l'istituto della c.d. invalidità caducante, sicché, allorché l'impresa non aggiudicataria impugni l'aggiudicazione provvisoria di un contratto e questa venga annullata, ciò non l'esime dall'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, perché l'annullamento della prima non determina la successiva ed automatica caducazione della seconda non essendo, lo si ribadisce, l'aggiudicazione definitiva un atto meramente confermativo, bensì un'autonoma valutazione della vicenda contrattuale.

Le su esposte considerazioni, ormai pacificamente sostenute dalla giurisprudenza, vengono ribadite dal Collegio nella pronuncia in esame: “ *il Collegio osserva che la res controversa possa essere definita facendo puntuale applicazione del consolidato (e qui condiviso) orientamento giurisprudenziale secondo cui l’aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione dell’impresa non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l’aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo della prima ed in riferimento esclusivamente alla quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso; di conseguenza, l’onere per l’impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell’esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara, sorge solo a seguito dell’emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (in tal senso –ex plurimis -: Cons. Stato, Sez. V, sent. 12 luglio 2010, n. 4483; id., Sez. VI, sent. 6 aprile 2010, n. 1907; id., Sez. I, sent. 14 novembre 2008, n. 5691)”.*

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 15 ottobre 2010, n. 7533

Sul sistema di erogazione dei servizi pubblici locali tramite affidamento in house o a società mista.

La disciplina dei sistemi di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è contenuta nell’articolo 113 del d.lgs. n. 267/2000, il cui testo è stato oggetto di plurime e continue modifiche normative che ne hanno, non sempre in maniera del tutto chiara, cambiato contenuto e ambito applicativo.

Da ultimo, il testo della disposizione in esame è stato modificato dall’articolo 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n.112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 e dal relativo Regolamento di attuazione (d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168). I primi tre commi dell’articolo 23 bis dispongono, in particolare, che: “*1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le*

disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. 3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”.

Ebbene, ad una prima e sommaria lettura, tre sono le caratteristiche innovative apportate da questa norma rispetto al sistema fino a questo momento vigente, consacrato dall'articolo 113 del T.U.E.L. (come modificato dalle successive leggi finanziarie, e dall'articolo 13 del decreto Bersani): anzitutto, viene consacrato, come principio fondamentale, quello della necessità della gara; in secondo luogo, viene meno l'elencazione e la tipizzazione dei sistemi possibili di affidamento del servizio pubblico locale (cinque nell'articolo 113 del T.U.E.L. e tre nel successivo articolo 13 del decreto Bersani); infine, viene stabilito un criterio di affidamento da utilizzarsi in via ordinaria (al secondo comma) e, a seguire, i casi in cui tale criterio può essere derogato tramite il ricorso a criteri alternativi (nel terzo comma).

Invero, nel 1° comma il legislatore puntualizza, al fine di giustificare la legittimità dell'intervento statale operato con detta legge, le finalità della norma stessa che individua nell'esigenza di assicurare alla materia in questione una disciplina che sia improntata ai principi di tutela della concorrenza, nonché nell'esigenza di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi pubblici in questione che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (e, dunque, nell'esercizio di quella legislazione esclusiva che l'articolo 117, secondo comma lettera e) ed m) espressamente riconoscono allo Stato in dette materie).

Il 2° comma individua il criterio generale e ordinario cui occorre ricorrere per l'affidamento della gestione del servizio pubblico locale. Esso stabilisce, infatti, che: “*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica*” e, la norma lo ribadisce, ciò al fine di garantire l'attuazione dei principi sanciti nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, nonché di quelli relativi ai contratti

pubblici, individuati dalla norma nei principi *“di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*.

Il 3° comma individua il criterio derogatorio e stabilisce che: *“In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.”*.

La norma su riportata, dunque, prevede che nell'ipotesi in cui l'applicazione del criterio ordinario indicato nel comma precedente non possa trovare applicazione perché le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento del servizio pubblico locale può avvenire *“nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”*. Non si fa, dunque, espresso riferimento ad un particolare sistema alternativo di affidamento del servizio pubblico locale e tale lacuna ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad individuare i possibili metodi alternativi di gestione di detti servizi.

Ebbene, non può di certo dubitarsi che uno di questi sistemi sia costituito dall'affidamento in house che è l'unico derogatorio del principio di gara, riconosciuto e ritenuto legittimo dalla giurisprudenza comunitaria in quanto strumento non di distorsione della concorrenza, ma di autoproduzione del bene. Anche nel corpo stesso dell'articolo 23 bis, peraltro, si ritrova un aggancio normativo dell'ammissibilità di questo sistema: il comma 10 lettera a) utilizza, infatti l'espressione *“assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali?”*.

Per quanto attiene all'affidamento in house, è bene notare che, per giurisprudenza comunitaria e nazionale costante, un'eccezione all'obbligo della gara ricorre sia quando un'amministrazione aggiudicatrice adempie ai compiti di interesse pubblico su di essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi tecnici o di altro tipo senza ricorrere ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (c.d. gestione diretta), sia allorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, ma l'amministrazione eserciti su di essa *“un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano* (c.d. gestione in house). In tal caso, infatti, difetta, nel soggetto affidatario, quella terzietà, quella alterità soggettiva, rispetto all'amministrazione appaltante che è il necessario presupposto per la conclusione di un contratto d'appalto.

La sentenza che ha aperto la strada all'istituto dell'affidamento in house all'interno dell'ordinamento comunitario è la sentenza Tecktal del 18 novembre 1999, resa nella causa C-107/1998. In questa pronuncia la Corte di Giustizia ha affermato il fondamentale principio secondo cui l'obbligo comunitario di attribuire i servizi mediante gara non trova applicazione nei casi in cui non sussista una distinzione soggettiva tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il prestatore del servizio. La sentenza Tecktal, procedendo ad individuare le situazioni in cui manca questa posizione di terzietà, ha precisato come ciò ricorra allorché vi sia una vera e propria delegazione interorganica all'interno della stessa amministrazione, oppure nei casi in cui si realizzino fenomeni diversi, ma equiparabili nella sostanza alla delegazione interorganica. Nell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria questo principio si combina con un altro principio fondamentale e di portata trasversale: quello della neutralità della forma giuridica. In base a quest'ultimo principio, la forma giuridica attraverso la quale gli enti svolgono la propria attività è assolutamente neutrale, mentre ciò che rileva è semplicemente il regime giuridico cui i vari soggetti sono sottoposti. Sulla base del principio della delegazione interorganica e di quello della neutralità della forma giuridica la Corte di Giustizia ha ritenuto, nella sentenza citata, che ogni qual volta manchi terzietà tra il soggetto affidante il servizio e l'affidatario, non sia configurabile un contratto di appalto e, pertanto, non trovino applicazione gli obblighi comunitari in materia di gara per la scelta del contraente.

I giudici comunitari, inoltre, hanno indicato, nella stessa sentenza, i requisiti in presenza dei quali affidante ed affidatario non possono essere considerati soggetti distinti e la società affidataria possa essere considerata un'articolazione organizzativa dell'ente pubblico. Ebbene, la Corte ha ritenuto legittimo l'affidamento di un servizio senza ricorso alla gara purché l'ente affidante, nel contempo: a) eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, chiarendo che il concetto di "controllo analogo" fa riferimento ad un "*rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione*"; b) quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o con gli enti che lo controllano.

La giurisprudenza successiva, sia comunitaria che nazionale, nel fare applicazione dei principi suddetti, ha tentato di definire i contorni dei due requisiti individuati dalla Corte nella sentenza *Tecktal*.

Per quanto riguarda il requisito dello svolgimento preponderante dell'attività societaria con l'ente pubblico, l'interpretazione dei giudici nazionali oscilla fra l'idea di una

valutazione in astratto sulla base dell'oggetto sociale, che dovrebbe prevedere lo svolgimento di attività a favore e nell'interesse dell'ente pubblico, e l'idea (maggiormente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa) di una valutazione in concreto operata sulla base dei dati quantitativi emergenti dal fatturato, che dovrebbe essere concretamente realizzato in misura prevalente con l'ente pubblico.

Maggiori difficoltà ha suscitato l'esatta individuazione della nozione di controllo analogo: la dottrina ha, di volta in volta, evidenziato la necessità di una triplice dipendenza (formale, economica ed amministrativa) oppure di un controllo di tipo strutturale, che consenta all'ente pubblico di ingerirsi nell'organizzazione interna della società; la giurisprudenza, invece, ha elaborato alcuni requisiti, la cui presenza sarebbe indice della ricorrenza del "controllo analogo", cioè di una relazione di dipendenza tale da eliminare la terzietà fra ente pubblico e società. Il primo requisito individuato dall'elaborazione giurisprudenziale è costituito dalla sussistenza di un intreccio finanziario tra ente pubblico e società affidataria tale per cui l'ente pubblico deve necessariamente detenere una partecipazione azionaria nella società. In ordine alla quantificazione di questa partecipazione esistono, però, orientamenti contrapposti. Mentre una lettura iniziale aveva ritenuto sufficiente una partecipazione di qualunque ammontare, la recente giurisprudenza si è orientata nel senso della necessità di una partecipazione totalitaria. In particolare, infatti, benché l'orientamento giurisprudenziale amministrativo era stato, originariamente, di segno opposto, a seguito della decisione *Stadt Halle* e delle successive pronunce conformi (decisione *Co.Na. Me* 21 luglio 2005 231-03 e *Modling* 10 novembre 2005, 29-04 in cui, peraltro, la Corte ha non solo ribadito i principi già stabiliti precedentemente nella sentenza *Stadt Halle* (impossibilità di affidare con lo schema dell'in house providing i servizi a società a capitale misto), ma ha altresì aggiunto che i due criteri costitutivi della figura in esame <<controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e realizzazione della parte essenziale dei propri servizi in favore dell'ente che la controlla>> devono risultare continuativamente soddisfatti successivamente all'attribuzione, alla società medesima, della gestione di un servizio), il Consiglio di Stato, dapprima con la sent. n. 5072/2006 e poi con la recentissima sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1/2008 ha fatto proprio sia il principio della necessità della totale partecipazione pubblica dell'Amministrazione nella Società, sia il principio secondo cui: *"l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali in house è illegittimo per violazione dei principi di fonte comunitaria, qualora nello statuto della società affidataria, posseduta per l'intero capitale sociale dall'ente pubblico, si consenta che una quota di esso, anche minoritaria, possa*

essere alienata a soggetti privati, in quanto tale cessione conduce, in prospettiva, alla perdita del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, da parte del comune”.

Inoltre, se, come osservato, il requisito della totale capitalizzazione pubblica è necessario ai fini di un affidamento in house esso, tuttavia, non è sufficiente. Ed invero, prima del 2005 il requisito del controllo analogo, secondo la giurisprudenza tanto comunitaria che nazionale era stato individuato esclusivamente nel possesso della totalità, ovvero della maggioranza, del capitale sociale da parte dell'ente pubblico proprietario. Tuttavia, è stato affermato dalla recente sentenza *Parking Brixen* del 2005 che per poter configurare il controllo analogo è necessario uno strumento “*diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante*”. Secondo la Corte, infatti, il controllo analogo da parte dell'ente affidante si sostanzia nella “*possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*”, non essendo sufficiente, allo scopo, il mero possesso dell'intero pacchetto azionario.

Entrambi tali principi sono stati recepiti dalla giurisprudenza nazionale di primo e di secondo grado. In particolare, nella citata sentenza n. 1/2008, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha espressamente statuito: “*L'affidamento diretto (in house) di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una « derivazione », o una longa manus, dell'ente stesso. Infatti, in ragione del cd. « controllo analogo » (2), che richiede non solo la necessaria partecipazione pubblica totalitaria (posto che la partecipazione, pur minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi) e la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile (non deve essere statutariamente consentito che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; il consiglio di amministrazione della società deve essere privo di rilevanti poteri gestionali; all'ente pubblico controllante dev' essere consentito l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; l'impresa non deve acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico, con la conseguente apertura obbligatoria della società ad altri capitali, fino all'espansione territoriale dell'attività a tutta l'Italia e all'estero; le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante) e della cd.« destinazione prevalente dell'attività » (cioè il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a*

soddisfare), l'ente « in house » non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

Altro sistema alternativo a quello ordinario di cui all'articolo 23 bis, 2° comma, della l.n. 133/2008 è quello dell'affidamento del servizio alle c.d. società miste. Il fondamento normativo di tale tipo di affidamento alternativo si rinviene, oggi, nell'articolo 10 della l.n. 133/2008 che nel prevedere l'emanazione di un apposito regolamento di attuazione del medesimo testo legislativo aveva già fatto riferimento alla necessità di imporre sia alle società in house che alle società miste *“procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale”* e nell'articolo 3, 4° comma del successivo Regolamento di attuazione che espressamente dispone *“4. Fermo restando quanto previsto al comma 3, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione”*.

Quanto all'ammissibilità attuale delle società miste come sistema di affidamento della gestione del servizio pubblico, la giurisprudenza non è concorde. Per capire le ragioni del dissenso occorre, in via preliminare, ricordare che nel sistema delle società miste, l'ente pubblico sposta il momento della gara dall'affidamento del servizio alla scelta del partner privato. L'ente pubblico, cioè, non indice una gara pubblica per affidare il servizio, ma per vendere le azioni della società e il soggetto privato vincitore di questa gara sarà poi legittimato a gestire il servizio direttamente.

Ebbene, alla luce del necessario rispetto dei principi comunitari, tra cui quello del rispetto della concorrenza cui si ispira la norma in questione, in giurisprudenza si confrontano tre tesi in ordine all'ammissibilità delle società miste.

Secondo una parte del Consiglio di Stato, il sistema delle società miste può essere considerato compatibile con il principio comunitario di necessaria tutela della concorrenza perché non elimina il sistema della gara, ma sposta tale momento a monte, al momento, cioè, della scelta del partner privato. La conferma di tale assunto può rinvenirsi, ad avviso di questi giudici, nella possibilità di sussumere le società miste nell'espressione *“società in qualunque forma costituite”*, di cui all'articolo 23 bis, 2° comma e nella conseguente possibilità di farle rientrare nel sistema ordinario di affidamento previsto, appunto, nel secondo comma.

Secondo l'orientamento assunto dal C.G.A. (sentenza n. 589/2006) il sistema del partenariato pubblico privato è del tutto incompatibile con i principi propri del diritto comunitario e, quindi, con le finalità fatte proprie dall'articolo 23 bis in questione perché la giurisprudenza comunitaria ritiene necessario lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica proprio per l'affidamento del servizio, non anche per l'assegnazione delle azioni. Di conseguenza, secondo questo orientamento le norme interne che prevedono e disciplinano il sistema delle società miste vanno disapplicate dal giudice amministrativo nazionale e occorre, allorchè si voglia affidare la gestione di un servizio pubblico locale ad una società mista, indire eventualmente una doppia gara: una per l'affidamento delle azioni e un'altra per l'affidamento del servizio.

Ad avviso di un'altra parte del Consiglio di Stato, invece, (Consiglio di Stato, II Sezione, parere n. 456/2007) il sistema della doppia gara si configura come eccessivamente oneroso per le amministrazioni, oltre che inutile, essendo sufficiente il rispetto del sistema di gara in sede di individuazione del partner privato. Tuttavia, aggiunge il Consiglio di Stato, la Società vincitrice di questa prima gara potrà essere destinataria del servizio pubblico solo in presenza di determinate condizioni: che vi sia una norma che espressamente consenta il ricorso ad una società mista, che il partner privato svolga il servizio pubblico per un periodo limitato nel tempo, onde evitare fenomeni di stabilizzazione del partenariato, che il bando per l'acquisto delle azioni preveda le modalità di cessazione della società alla fine del periodo di riferimento, che l'affidamento diretto del servizio riguardi solo il servizio indicato nel bando e non si estenda oltre il tempo in esso tassativamente indicato.

Sul punto è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza 3 marzo 2008, n. 1 ha fatto propria la soluzione proposta dal Consiglio di Stato nel parere n. 456/2007 e ha precisato: *“E' controversa e richiede l'intervento del giudice comunitario la questione relativa alla possibilità di affidare direttamente la gestione del servizio a società partecipate dall'ente pubblico nel caso in cui le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate solo a monte, col previo esperimento della gara pubblica indetta per l'individuazione del partner (modalità quest'ultima ormai acquisita nell'ordinamento interno), costituendo il modello società mista elaborato dalla sez. II del Consiglio di Stato, con il parere del 17 aprile 2007 n. 456, una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione di tali società e all'affidamento del servizio alle stesse.... La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. E comunque l'unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all'interno del Trattato dell'U.E..*

Anche perché lo stesso "libro verde" precisa che la partnership pubblico-privato va senz'altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza. Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 si limita, all'art. 1, comma 2, a prescrivere che, "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007)..... A livello comunitario il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione know how e una gestione più manageriale. Ma il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva. Il modello elaborato dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse; nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza. Il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorché si costituisce la società. L'adunanza plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "praeter legem", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia".

Ebbene, nella sentenza in commento il Collegio ribadisce, anzitutto, la differenza tra affidamento in house ed affidamento ad una società mista: la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale (e, per questo, è richiesto il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto).

In secondo luogo ribadisce che i presupposti per l'affidamento del servizio ad una società mista sono quelli individuati dal Consiglio di Stato nel parere della II Sezione n. 456 del 18 aprile 2007, fatto proprio successivamente dall'Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato nella sentenza n. 1/2008. Con il suddetto parere è stato, in particolare, ritenuto che può essere consentito l'affidamento ad una società mista purchè essa sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, e che si limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara. Sulla scia di detta pronuncia il Collegio ribadisce: *“osserva il collegio che l'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008 ha chiarito i limiti dell'affidamento diretto alle società miste ai sensi dell'art 113, comma 5, lett. b), del D.Lvo 267/00. Premesso che il principio generale è sempre quello della gara, e che l'affidamento diretto è sempre una deroga a tale principio, deroga consentita in casi di stretta interpretazione, la società mista si giustifica quale forma di partenariato pubblico-privato costituito per la gestione di uno specifico servizio per un tempo determinato. In altri termini, non si ha in questi casi una esenzione dal principio della gara, ma muta l'oggetto della gara, che deve sempre essere esperita ma non più per trovare il terzo gestore del servizio, bensì il partner privato con cui gestire il servizio. E' evidente quindi che le società miste cosiddette aperte, costituite cioè per finalità specifiche ma indifferenziate, non possono essere affidatarie dirette in quanto non soddisfano le condizioni a cui è ancorata la deroga”*.

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 20 ottobre 2010, n. 7591.

Sui soggetti legittimati ad agire avverso una concessione edilizia.

La legittimazione alla proposizione del ricorso finalizzato all'annullamento di un titolo autorizzatorio edilizio rilasciato ad un controinteressato va riportata al criterio della c.d. vicinitas, intesa come una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, che esime da qualsiasi indagine al fine di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione. E' questo il principio di diritto affermato dal Consiglio di Stato nella pronuncia in esame, che si pone in coda ad una evoluzione interpretativa giurisprudenziale particolarmente controversa. Originariamente, l'art. 10 della legge-ponte n. 765 del 1967, sanciva: *“chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della concessione edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione»*. La dottrina aveva interpretato la disposizione ora richiamata come volontà legislativa di introdurre nel nostro ordinamento giuridico un'azione popolare in materia edilizia funzionale a garantire, nel modo più completo, il rispetto delle previsioni urbanistiche. Detto

orientamento è stato, tuttavia, prontamente smentito dal Consiglio di Stato che ha recisamente negato l'ipotesi dell'azione popolare, affermando che, anche a seguito della novella dell'art. 31 della legge n. 1150 del 1942 ad opera del citato art. 10 della legge-ponte, la legittimazione all'impugnazione delle licenze edilizie spetta esclusivamente ai titolari di un «interesse legittimo» (inteso come interesse «qualificato» dall'ordinamento e non soltanto «differenziato» nei confronti degli altri) Le successive pronunce giurisprudenziali si sono soffermate sul criterio da utilizzare per individuare i soggetti legittimati all'impugnazione dei titoli edilizi.

Sicché, originariamente è stata riconosciuta una posizione qualificata e differenziata solo in favore dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa che indicassero, tuttavia, la ragione, il come e la misura con cui il provvedimento impugnato si rifletteva sulla propria posizione sostanziale determinandone una lesione concreta, immediata e attuale.

La giurisprudenza recente in talune pronunce si è spinta a postulare identità dei concetti di vicinitas e legitimatio ad causam e ha affermato che *“il possesso del titolo di legittimazione alla proposizione del ricorso per l'annullamento di una concessione edilizia, che discende dalla c.d. vicinitas, cioè da una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, esime da qualsiasi indagine al fine di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione atteso che l'esistenza della suddetta posizione legittimante abilita il soggetto ad agire per il rispetto delle norme urbanistiche, che assuma violate, a prescindere da qualsiasi esame sul tipo di lesione, che i lavori in concreto gli potrebbero arrecare”* (Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2009 , n. 2908).

Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti ritengono, dunque, che la normativa urbanistica, lungi dal consentire l'esperimento di azioni popolari al riguardo, radica la legittimazione ad insorgere contro il permesso di costruire rilasciato a terzi in capo al proprietario di un immobile sito nella zona interessata dalla costruzione o a chi si trovi in una situazione di stabile collegamento con la zona stessa (sia di natura reale che obbligatoria), senza che, peraltro, debba essere fornita dimostrazione della sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale. E', in altri termini, da ravvisare una posizione qualificata e differenziata in coloro che si trovano in una situazione di stabile collegamento con la zona di intervento edilizio e che facciano valere un interesse giuridicamente protetto di natura urbanistica, quale è quello all'osservanza delle prescrizioni regolatrici dell'edificazione, senza che sia necessario accertare in concreto se i lavori assentiti con l'atto gravato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione.

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato, ripercorre i tratti salienti del pensiero giurisprudenziale sviluppatosi in questa materia ed avalla, in ultimo, la soluzione giurisprudenziale più recente.